Akzessorietät im Hypothekenrechte

des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

ACAD. LUGD BAT BIBL.

Wilhelm Heimbach,
Gerichtsreferendar
aus Malmedy.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1910.

Referent: Professor Dr. Matthiaß.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Allgemeiner Teil.

§ 2. Das Wesen der Hypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 2
§ 3. Begriff der Akzessorietät 4

Besonderer Teil.

§ 4. Allgemeines 6
§ 5. Die Verkehrshypothek.
a) Ihre akzessorische Natur 7
§ 6. b) Ausnahmen von der Akzessorietät 17
§ 7. Die Sicherungshypothek 24
§ 8. Die Eigentümerhypothek 30
§ 9. Schluß 35

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0137

Literaturverzeichnis.

Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Teil 3: Hypothekenrecht. 1896.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Teil 3: Das Sachenrecht. 1898.

Böhm, Das materielle und das formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Bonschab in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 67 S. 457 ff.

Brachvogel im Zentralblatt für die freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 7 S. 381.

Brink, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstücke. 1907.

Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.

du Chesne, Inwieweit gibt es Hypotheken für künftige Forderungen und Doppelhypotheken? In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1908 Heft 5 S. 309 ff.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 1905.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. 1. 1860.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. 1898.

Deutsche Juristenzeitung.

Eccius in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 61 ff.

Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 1. 1898.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. 1888.

Friedländer in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1904 S. 513.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. 1902.

Gierke, Das deutsche Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Lesung. 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 1900.

Hirsch im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 248.

Huth im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 6 S. 175.

Huther in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 18 S. 66.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen 1903 S. 110.
Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht und die württembergischen Ausführungsbestimmungen. 1905.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. 1902.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1899.
v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht. 1867.
Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen. Bd. 3: Sachenrecht. 1901.
Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3 1888.
Mugdan u. **Falkmann,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1900.
Notariatsschrift für Elsaß-Lothringen.
Nowrath, Die akzessorische Natur der Hypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche Diss. Erlangen 1904.
Oberneck, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In den Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins Heft 6 1897.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht und die preußischen Ausführungs- und Ergänzungsbestimmungen. 1904.
Oberneck in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1905 S. 358 ff.
Peters, Das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im Bürgerlichen Gesetzbuche. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 3. 1902.
Predari, Die Grundbuchordnung. 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. 1899.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts in Gesetz und Literatur. 1900.
Quandt, Die schlichte Sicherungshypothek nach deutschem Reichsrecht. 1903.
Regelsberger, Das bayerische Hypothekenrecht. Unter Mitwirkung von Henle. 1895.
Rosenthal, Ist die Hypothek ein akzessorisches Recht? Diss. Marburg 1906.
Schönfeld im Recht 1902 S. 232.
Schott, Über die akzessorische Natur des Pfandrechts. In den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1877 Bd. 15.
Schreiber im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 13 S. 327 ff.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.
Skonietzki in Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 282.
Sohm in Grünhuts Zeitschrift 1878 Bd. 5.
Turnau u. **Förster,** Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 1906.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit. Bd. 3. Dresden.

Einleitung.

§ 1.

In der vorliegenden Abhandlung soll die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches ein akzessorisches Recht ist, einer näheren Prüfung unterzogen werden.

Bereits im römischen Rechte findet sich diese Frage angeregt, und sie hat sodann die Hypothek auf ihrem ganzen Entwicklungsgange wie ein Schatten begleitet, der sich bald mehr, bald weniger gezeigt hat, je nachdem die Gesetzgebung das Wesen der Hypothek verschieden gestaltet hat. Auch durch das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Frage nach der Akzessorietät im Hypothekenrechte ihre Erledigung nicht gefunden; vielmehr ist sie gerade durch die neue Gesetzgebung, die in Fortbildung früherer Gesetze das Hypothekenrecht geregelt und den neuen, modernen Bedürfnissen entsprechend umgestaltet hat, besonders verwickelt und strittig geworden.

Allgemeiner Teil.

§ 2.

Das Wesen der Hypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Bevor der Prüfung unserer speziellen Frage nähergetreten werden kann, ist zunächst eine kurze Erörterung des Wesens der Hypothek und die Feststellung des Sinnes, der dem Worte „Akzessorietät" beizulegen ist, unbedingt notwendig.

Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld sind die drei Formen des Bodenkredits nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Sie haben den Zweck, dem kreditbedürftigen Schuldner, dessen persönlicher Kredit meist zur Erlangung größerer Summen nicht genügend ist, durch Verhaftung seines Grund und Bodens einen kreditgebenden Kapitalisten zuzuführen und zugleich letzteren betreffs seiner Kapitalanlage sicherzustellen. Alle drei stimmen darin überein, daß an den Berechtigten unter gewissen Voraussetzungen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist, d. i. aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzielenden Erlöse des Grundstückes (vgl. § 1147 BGB.). Die Hypothek erhält jedoch unter ihnen eine besondere Stellung durch ihre Verbindung mit einer persönlichen Forderung; sie kann nämlich nur zur Befriedigung einer solchen Forderung bestellt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch, das in vielen Materien die scharfe Abgrenzung durch Begriffsbestimmungen vermeidet — „um nicht der Wissenschaft und praktischen Rechtsanwendung zu enge oder hinderliche Grenzen zu setzen" (vgl. Prot. 2. Lesung Bd. 3 S. 539) —, gibt im § 1113 folgende Definition der Hypothek:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine be-

stimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist" (Hypothek).

Somit ist für ihre Begründung die persönliche Forderung wesentlich, da die dingliche Belastung ausgesprochenermaßen zu dem rechtlichen Zwecke der Befriedigung des Gläubigers für eine ihm zustehende Forderung erfolgt (kausale Belastung; vgl. Matthiaß S. 120).

Demgegenüber lautet die Definition der Grundschuld im Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 1191 Abs. 1):

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist" (Grundschuld).

Zwar wird auch die Grundschuld und ebenso ihre Abart, die Rentenschuld (vgl. § 1199 BGB.), um eines persönlichen Anspruches willen begründet, aber es tritt hier der rechtliche Zweck, der Befriedigung des Gläubigers zu dienen, nicht wesentlich hervor, er wird bei Begründung der Belastung unterdrückt. Die Sicherung ist also hier nur Motiv, nicht Rechtsinhalt (abstrakte Belastung; vgl. § 1192 BGB.: Die Grundschuld „setzt" eine Forderung „nicht voraus").

So hat man bei der Hypothek, aber auch nur bei ihr, zu unterscheiden zwischen persönlicher Forderung und zwischen dinglicher Belastung; für erstere haftet der persönliche Schuldner, aus letzterer der jeweilige Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstückes.

Auf die Hypothek hier noch weiter einzugehen, liegt jenseits der Grenzen unserer Arbeit. Es sollte an dieser Stelle die rechtliche Natur der Hypothek nur kurz gekennzeichnet werden. Die innerhalb des Hypothekenrechts selbst liegenden Unterschiede, z. B. die Besonderheit der Verbriefung, sind nicht prinzipieller Natur, da sie an dem rechtlichen Wesen der Hypothek selbst nichts ändern, und deshalb für unsere Frage ohne Bedeutung.

§ 3.

Begriff der „Akzessorietät".

Die vorerwähnte Beziehung der Hypothek zur Forderung leitet uns auf die zweite unser Thema vorbereitende Erörterung über, nämlich auf die Frage: was heißt „Akzessorietät", was ist ein „akzessorisches" Recht? Eck (S. 256) hebt mit Recht hervor, daß in unserer speziellen Frage vor allem eine Einigung über den Sinn, den man dem Worte „akzessorisch" beilegen will, notwendig ist, da sonst das Ganze im nutzlosen Wortstreite enden würde.

Den Begriff „akzessorisch" finden wir in den Lehrbüchern des römischen Rechts (vgl. Windscheid, Pand. S. 710 u. 1129) in der Einleitung zum Sachenrecht angewandt, und zwar ist dort als akzessorisch bezeichnet die Eigenschaft einer Sache, die zu einer anderen Sache in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Doch ist der Ausdruck „accessio" keineswegs auf Sachen beschränkt, sondern er umfaßt auch Rechte; so wird z. B. von Ulpian (l. 43 D. de sol. 46, 3) das Pfandrecht neben dem Bürgen zu den „accessiones" der Forderung gezählt. Freilich ist der Begriff der „accessio" wegen seiner Unbestimmtheit an sich juristisch unbrauchbar und deshalb als Basis zu einer juristischen Erörterung für sich allein nicht zu verwenden. Dies ist auch bezüglich des „akzessorischen" Rechtes der Fall.

Denn gehen wir auf die Grundbedeutung des Begriffes zurück und nehmen wir den Ausdruck beim Wort (von accedere = hinzutreten), so können wir darunter nur ein Recht verstehen, das zu einem anderen hinzutritt, also, wie der Hauptsache gegenüber die Nebensache, als ein Nebenrecht in einem Verhältnisse zum Hauptrechte steht. Welcher Art aber diese Beziehung zwischen akzessorischem Rechte und Hauptrechte ist, darüber erhalten wir durch den Ausdruck selbst keine Aufklärung; vielmehr müssen wir eine solche aus den Anschauungen des positiven Rechtes herleiten.

In der juristischen Literatur ist man sich über die Bedeutung des Begriffes „akzessorisch" im wesentlichen einig. Die fast allgemein vertretene Ansicht (vgl. v. Schwind S. 107; Ende-

mann S. 440) sieht ein Recht als ein akzessorisches an, wenn sein Verhältnis zum Hauptrechte eine derartige Abhängigkeit zeitigt, daß letzteres eine Existenzbedingung für das akzessorische Recht bildet und Mangel oder Wegfall des Hauptrechtes auch Nichtentstehen oder Untergang des Nebenrechtes herbeiführen. Mit anderen Worten, es teilt das akzessorische Recht unter Aufgabe seiner Selbständigkeit die rechtlichen Schicksale des Hauptrechtes. Eck (S. 270) vergleicht in treffender Weise das Hauptrecht mit dem Leibe, dem das akzessorische Recht wie ein Schatten folge.

Wendet man den jetzt festgestellten Begriff des akzessorischen Rechtes auf die Hypothek an, so muß sie, soll sie ein akzessorisches Recht sein, zu der zu sichernden Forderung in einem solchen Abhängigkeitsverhältnisse stehen, daß eine Forderung zu ihrem Entstehen die Voraussetzung ist, und daß sie beim Wegfalle der Forderung ihr Schicksal teilt, also ebenfalls untergeht.

Gegenteiliger Ansicht ist Schott (S. 59); er sieht schon dann ein Nebenrecht als akzessorisch an, wenn es seinen Zweck nicht in sich selbst trägt, sondern den Zweck des Hauptrechtes als eigenen in sich aufnimmt, also als sekundäres Zweckmittel zu dem primären Zweckmittel des Hauptrechtes hinzutritt.

An diese Meinung über den Begriff der Akzessorietät erinnert auch Eck (S. 256); er will nämlich die Akzessorietät schon in der Zweckbestimmung sehen, eine Forderung zu verwirklichen oder für eine Forderung Befriedigung zu gewähren. Wollte man diese Ansicht teilen, so wäre freilich unsere Frage leicht zu entscheiden; denn insofern ist alles Pfandrecht „akzessorisch", mag es in einem positiven Recht immerhin einen noch so selbständigen Charakter haben.

Damit können also dieser Arbeit die Grenzen nicht gezogen sein; ihre Aufgabe ist es vielmehr, zu prüfen, inwiefern sich die Akzessorietät in ihrem strengsten Sinne, den wir oben festgestellt haben, im heutigen Hypothekenrechte vorfindet, und das soll im folgenden dargetan werden.

Besonderer Teil.

§ 4.

Allgemeines.

In Literatur und Praxis ist im allgemeinen die Ansicht vertreten, daß die Hypothek im heutigen Rechte als grundsätzlich akzessorisch zu bezeichnen ist. Dabei darf aber nicht verschwiegen werden, daß die gegenseitige Auffassung, nach der die Hypothek heute ihre akzessorische Natur, die sie im römischen Rechte aufwies, abgestreift hat, mit großer Energie verfochten wird, insbesondere von Hachenburg (Beiträge S. 36ff.), der wohl den extremsten Standpunkt in dieser theoretisch und auch praktisch gewiß nicht bedeutungslosen Frage einnimmt. Nach ihm ist die Forderung nur für die Begründung der Hypothek notwendig, dann aber völlig von ihr getrennt und unabhängig. Ihm sind gefolgt Böhm (S. 151ff.) und Rosenthal (a. a. O.).

Bei äußerer Betrachtung scheinen allerdings beide Auffassungen vom rein logischen Standpunkte aus möglich zu sein. Denn die Bestimmungen, die das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches regeln, zerfallen in zwei große Gruppen, die unter sich in scharfem Gegensatze stehen: während die eine dieser Gruppen den Zusammenhang von Forderung und Hypothek klar betont, bedeutet die andere eine Verselbständigung der Hypothek. Doch wie gesagt, es scheinen die Dinge so zu liegen; in der Tat aber bietet die eine Gruppe der Gesetzesbestimmungen den Grundsatz, und zwar den Grundsatz der Akzessorietät, während die andere Gruppe nur Ausnahmen von dieser Regel normiert.

Für diese unsere Ansicht spricht von vornherein einmal die Art, wie das Bürgerliche Gesetzbuch die Grundpfandrechte regelt: Denn wäre die hier bekämpfte Auffassung der Gedanke des Ge-

setzes, dann hätte doch wohl die Grundschuld primär geregelt und dazu vermerkt werden müssen, es ließen sich auch „Grundschulden" bilden, deren rechtliches Schicksal von einer persönlichen Forderung in dieser oder jener Beziehung abhängig sei. In diesem Sinne spricht sich Best (S. 16 ff.) aus; nach seiner Ansicht ist die Hypothek kein Akzessorium einer Forderung. Sie sei zwar zur Sicherung einer Forderung bestimmt, stelle sich aber doch als selbständiges dingliches Recht dar. Denn die Forderung diene regelmäßig nur als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke. Anhänger dieser sogen. Legitimationstheorie ist auch Gierke (vgl. S. 838).

Nach dieser Anschauung sind Hypothek und Grundschuld wesentlich das gleiche, nur daß die eine mit, die andere ohne Angabe der Kausa eingetragen wird. Für diesen Unterschied, der für die weitere Existenz nicht die geringste Bedeutung haben soll, kann doch, so bemerkt v. Schwind (S. 112) mit Recht, niemand vernünftigerweise zwei gesonderte Rechtsinstitute ins Leben rufen. Weiter aber finden wir auch in der Geschichte der Hypothekengesetzgebungen gleichsam eine Vermutung (vgl. Nowrath S. 16) dafür, daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter grundsätzlicher Beibehaltung des alten Prinzips der akzessorischen Qualität in das Hypothekenrecht lediglich durch die fortgeschrittene Rechtsentwicklung und die Prinzipen des Tabularrechts notwendig gewordene Änderungen und Neugestaltungen aufgenommen hat. Des näheren aber unsere Auffassung nach den einzelnen Gesetzesbestimmungen zu begründen, das soll die Aufgabe der folgenden Paragraphen sein.

§ 5.

Die Verkehrshypothek.

a) Ihre akzessorische Natur.

Die sogen. Verkehrshypothek, vom Gesetze im Gegensatze zur Sicherungshypothek „gewöhnliche Hypothek" (§ 1186 BGB.) bezeichnet, bildet die Hauptform der Hypothekenarten des Bürgerlichen Gesetzbuches, auf die bei der Regelung der anderen Arten

hin und wieder verwiesen wird. Deshalb sei sie an erster Stelle behandelt. Ihre Definition gibt der § 1113 Abs. 1 BGB. wieder; er lautet: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist" (Hypothek).

Gerade die Fassung dieses Paragraphen wird herangezogen, um „die Emanzipierung des Hypothekenrechtes im freiheitlichen Geiste der Grundschuld zu beweisen. Die Gegner der akzessorischen Natur der Hypothek stützen sich dabei auf seine Entstehungsgeschichte. Der § 1062 des 1. Entwurfes, der dem heutigen § 1113 BGB. entspricht, weicht nämlich von diesem in seiner Fassung ab, wie ein Vergleich mit der oben zitierten Bestimmung zeigt; er lautet:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderuug Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen".

Von dieser Abweichung sagen die Protokolle 2. Lesung Bd. 3 S. 539, daß während freilich der 1. Entwurf die Hyopthek als grundsätzlich akzessorisch betrachtet habe, nach dem 2. Entwurfe die Existenz der Forderung nur noch „für die Legitimation der Hypothekengläubiger von Bedeutung" sei. Auf diese Änderung in Verbindung mit dem genannten Passus der Protokolle bauen die Gegner unserer Auffassung (vor allem Best S. 16 ff. und Oberneck, Vorträge S. 46), jedoch mit Unrecht! Es muß ja zugegeben werden, daß durch die Bezeichnung der Forderung als einer „bestimmten" gegenüber der alten Fassung das Band zwischen Forderung und Hypothek gelockert worden ist; allein für ein völliges Abstreifen der akzessorischen Qualität bietet diese Änderung keinen genügenden Anhalt. Und was den fraglichen Passus der Protokolle anlangt, so ist er an sich schon ziemlich unerheblich. Er verliert aber gänzlich dadurch seine Bedeutung, daß die Protokolle ein wenig weiter (2. Lesung Bd. 3 S. 539) selber erklären, durch die Annahme des Abänderungsantrages keineswegs der Frage nach der juristischen Konstruktion der Hypothek vorgreifen zu wollen.

Doch zurück zur Definition der Hypothek im § 1113 BGB.! Gerade das Gegenteil von dem, was die Freunde der Emanzipierung

aus ihr ersehen wollen, liegt in ihren Worten ausgedrückt, nämlich eine Beziehung zwischen Hypothek und Forderung. Welcher Art diese Beziehung ist, läßt sich deutlich ersehen, wenn man zum § 1113 BGB. den § 1192 Abs. 1 heranzieht. Nach letzterem finden nämlich die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld entsprechende Anwendung, „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt". Daraus folgt, daß die Hypothek eine Forderung voraussetzt, für deren Sicherung sie bestimmt ist, und daß sie ohne Forderung nicht entstehen kann. Es kann also z. B. eine Hypothek nicht eingetragen werden für eine beiderseits unkündbare Forderung, die nach dem Tode des Gläubigers dem Schuldner zustehen soll, da hier tatsächlich eine zu sichernde Forderung gar nicht vorliegt. (Vgl. Entsch. d. KG. bei Mugdan u. Falkmann Bd. 10 S. 414.)

Ebenso ist eine gemäß der Bewilligung des Erblassers auf dessen Grundeigentum wegen des gesetzlichen Erbteils seiner gesetzlichen Erben eingetragene Hypothek nichtig, da der Erbanspruch des gesetzlichen Erben keine Forderung ist, am wenigsten eine solche gegen den Erblasser. (Vgl. Entsch. d. OLG. Kassel bei Mugdan u. Falkmann Bd. 14 S. 97.)

Der § 1115 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß bei der Bestellung der Hypothek neben dem Gläubiger ebenfalls die Forderung in das Grundbuch eingetragen werden muß (§ 873 Abs. 1 BGB.).

Nimmt man aber selbst an, diesem Erfordernisse des § 1115 sei formell genügt, tatsächlich sei aber die Forderung noch nicht zur Entstehung gelangt, dann wäre die eingetragene Belastung trotz ihrer diesbezüglichen Bezeichnung im Grundbuche keine Hypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld.[1]) (Vgl. § 1163 BGB. in Verb. mit § 1177 Abs. 1 Satz 1; so Planck Bd. 3 S. 440; Fuchs S. 377; Turnau-Förster Bd. 1 S. 726; etwas abweichend Eck S. 720.) Ziehen wir hieraus das Fazit, so finden wir: Die Hypothek setzt bei ihrer Begründung eine Forderung voraus; sie ist also wenigstens bei ihrem Entstehen ein akzessorisches Recht.

---

[1]) Der Eigentümer hat sodann einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches nach § 894 BGB.

Der Abs. 2 des § 1113 BGB. scheint freilich mit diesem Ergebnisse in Widerspruch zu stehen; er bestimmt nämlich: „Die Hypothek kann auch für künftige oder bedingte Forderungen bestellt werden". Darin erblicken auch Endemann (S. 452 ff.), der sonst die Hypothek als „ausgeprägt akzessorisch" ansieht, und ebenso Biermann (Bd. 3 S. 186) eine Durchbrechung des akzessorischen Charakters. Hier kommt uns aber wieder die obenerwähnte Bestimmung des § 1163 und des Abs. 1 Satz 1 des § 1177 BGB. zur Hilfe; ist nämlich die Forderung aufschiebend bedingt, so ist bis zum Eintritte der Bedingung eine vollwirksame Forderung nicht vorhanden; bis dahin haben wir also nach den genannten Bestimmungen eine Eigentümergrundschuld und nicht eine Hypothek. Eine solche wird sie erst mit dem Eintritte der Bedingung. Nur der Rang der Belastung steht von vornherein fest, und darin liegt wohl der Hauptwert der Bestellung einer Hypothek für eine aufschiebend bedingte Forderung; denn der Rang richtet sich nach dem Zeitpunkte der Eintragung, nicht nach dem des Bedingungseintrittes. Tritt aber die Bedingung nicht ein, dann ist die Belastung von Anfang an eine Eigentümergrundschuld und bleibt es auch. (Vgl. Crome S. 679 und Planck S. 391; and. M. Cosack S. 219 und Böhm S. 152.)

Ganz ähnlich liegt der Fall, wenn eine Hypothek für eine künftige Forderung bestellt wird. Erst mit dem Zeitpunkte der Entstehung der Forderung entsteht auch die Hypothek, während bis dahin eine Eigentümergrundschuld vorhanden war. Ein materielles Hypothekenrecht erlangt der eingetragene Gläubiger also erst immer mit der Entstehung der Forderung. (Vgl. RGE. Bd. 51 S. 43 ff.) Demnach ist die Bemerkung Friedländers (a. a. O. S. 513) ungenau, wenn er sagt: „Die Hypothek für ein Darlehn, dessen Valuta erst nach der Eintragung ausgezahlt wird, steht schon vor der Valutierung bedingt dem Gläubiger zu"; denn bis zur Auszahlung der Valuta besteht lediglich erst eine Grundschuld. Treffend bezeichnet Hirsch (a. a. O. S. 248) den Anspruch des Gläubigers in diesem Falle als eine analog § 161 BGB. gesicherte Anwartschaft auf Erwerb der Hypothek zu vollem Rechte.

Bei der auflösend bedingten Forderung ist die Entstehung der Hypothek die gewöhnliche; mit dem Eintritte der Bedingung

hört die Existenz der Forderung und damit auch die der Hypothek auf. Auf das Erlöschen der Hypothek wird indessen unten noch näher einzugehen sein.

Somit ist die Bestimmung des § 1113 Abs. 2 BGB. doch mit der akzessorischen Natur recht gut vereinbar; ja ihre nähere Betrachtung spricht sogar für die Richtigkeit unserer Auffassung. Denn aus den genannten Fällen ergibt sich, daß die Grundkreditbelastung immer erst dann als Hypothek ins Leben tritt, wenn eine gültige Forderung da ist, mit der sie sich verbindet. Solange aber die Forderung überhaupt noch nicht oder noch nicht vollwirksam zur Entstehung gelangt ist, entsteht nur eine Grundschuld — du Chesne (S. 309) spricht hier von einer „zur stillschweigenden Aufnahme der Forderung, sobald sie entsteht, hergerichteten Grundschuld" —. Das ist gerade der beste Beweis dafür, daß die Forderung Entstehungsbedingung für die Hypothek als solche, daß also die Hypothek bei ihrer Begründung akzessorisch ist. (Vgl. Turnau-Förster S. 726.)

Die Bestellung zweier Hypotheken auf demselben Grundstück für ein und dieselbe Forderung könnte danach auf den ersten Blick als mit der akzessorischen Natur der Hypothek nicht im Einklang stehend erscheinen, und in diesem Sinne hat sich auch eine Entscheidung des OLG. Colmar (in der Notariatszeitschrift für Elsaß-Lothringen Bd. 23 S. 232) ausgesprochen. Das Kammergericht dagegen (vgl. Entsch. bei Mugdan u. Falkmann Bd. 12 S. 282) erklärt eine solche Bestellung für zulässig. Tatsächlich läßt sich auch die Bestellung einer zweiten Hypothek mit dem akzessorischen Prinzip vereinbaren; denn durch sie tritt nur ein zweites Band zwischen der Forderung und dem Grundstücke hinzu. Wird die Forderung bezahlt, so lösen sich dadurch beide Bänder und beide Hypotheken fallen dem Bezahlenden anheim (§ 1164 BGB.). Überträgt der Gläubiger die Forderung, so gehen kraft Gesetzes beide Hypotheken auf den neuen Gläubiger über; das Prinzip der Akzessorietät bleibt also gewahrt! (Vgl. dazu jedoch die gegenteilige Ansicht von Brachvogel a. a. O. und von du Chesne.)

Inwieweit sich die Hypothek auch bei ihrem Fortbestehen von der Forderung als abhängig erweist, wird die weitere Untersuchung zeigen. Für die Annahme der akzessorischen Natur spricht hier

zunächst der § 1137 BGB. Die Motive (Bd. 3 S. 696) leiten die Begründung des diesem Paragraphen im 1. Entwurfe entsprechenden § 1084 mit folgender Bemerkung ein: „Der Anspruch aus der Hypothek kann wie jeder andere Anspruch durch eine Einwendung desjenigen, gegen den er gerichtet ist, entkräftet oder doch zeitweise gehemmt werden. Bei der Doppelnatur der Hypothek sind auch diese Einwendungen doppelter Art: sie betreffen entweder das dingliche Recht unmittelbar, also ohne Rücksicht auf die Forderung, oder aber die Forderung und damit mittelbar die Hypothek". Nur die letzteren interessieren hier, da sie das Verhältnis zwischen Hypothek und Forderung betreffen. Für diese bestimmt der § 1137 Abs. 1 BGB.: „Der Eigentümer kann gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 einem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen". Hier betont also das Gesetz die akzessorische Natur der Hypothek auf das unzweideutigste: es erklärt ausdrücklich, daß der Eigentümer, auch wenn er nicht der persönliche Schuldner ist, gegen die Hypothek die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung und die nach § 770 BGB. dem Bürgen zustehenden Einreden geltend machen kann, so z. B. die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der der Hypothek zugrunde liegenden Forderung oder die Einrede der Wandlung oder Minderung eines Kaufes. Daß der Eigentümer, wenn er zugleich der persönliche Schuldner ist, diese Einreden geltend machen kann, ist selbstverständlich, und deshalb wurde der § 1084 Abs. 1 des 1. Entw., der dies noch ausdrücklich betonte, von der 2. Kommission gestrichen. (Vgl. Prot. 2. Lesung Bd. 3 S. 581.)

Die im § 1137 Abs. 1 BGB. besonders genannten Einreden, die aus dem Bürgschaftsrechte übernommen sind, enthalten die Befugnis, die Befriedigung dem Gläubiger gegenüber zu verweigern, solange der Hauptschuldner das Recht hat, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, und solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden verliert der Eigentümer selbst gegenüber einem Verzicht des persönlichen Schuldners nicht (vgl. § 1137 Abs. 2 BGB.). Damit ist ein Zusammenhang

zwischen Forderung und Hypothek gegeben, wie er enger kaum sein kann.

Der § 1137 Abs. 2 BGB. bezieht sich jedoch nicht auf die einem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden; denn diese gehen verloren, wenn der Schuldner auf das Anfechtungsrecht verzichtet oder die Möglichkeit der Aufrechnung gegen die Hypothekenforderung durch Einziehung oder sonstige Verfügung über eine Gegenforderung beseitigt. (So Fuchs S. 447 und Matthiaß S. 138; and. M. Turnau-Förster Bd. 1 S. 631 und Dernburg, BGB. Bd. 3 S. 645.)

Die Gegner der akzessorischen Natur suchen freilich auch in § 1137 BGB. eine Rechtfertigung ihrer Auffassung: Sie führen aus, die Partikularrechte, die in der Hypothek ein akzessorisches Recht gesehen, hätten die Gewährung der Schuldeinreden auch an den bloß dinglichen Schuldner für eine selbstverständliche Konsequenz aus der akzessorischen Natur gefolgert und deshalb für nicht erwähnungsbedürftig gehalten. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch ihre Hervorhebung für nötig halte, so bringe es damit zum Ausdruck, daß die Hypothek ein akzessorisches Recht, bei dem die Belehnung des Eigentümers mit diesen Einreden aus der Natur der Sache folge, nicht mehr sei. Nach unserer Auffassung ist jedoch die Hypothek nur grundsätzlich, nicht aber rein akzessorisch; deshalb hätte die Bestimmung des § 1137 BGB. nicht als selbstverständlich weggelassen werden können, da man sonst hier eine Ausnahme von der akzessorischen Qualität vermutet haben würde. Wenn die Bestimmung aber erwähnt ist, so bietet dies eben, wie oben gesagt, einen Beweis für die Akzessorietät der Hypothek.

Auch nach dem Umfang der hypothekarischen Haftung ist die Hypothek von der Forderung als abhängig zu bezeichnen. Wenn auch für das Immobiliarpfandrecht im Bürgerlichen Gesetzbuche das Prinzip der Spezialität maßgebend ist, also bei der Hypothek nur die eingetragene Summe mit ihren eingetragenen Zinsen und sonstigen Nebenleistungen als Pfandforderung gilt, so ist trotzdem die Forderung auf den Umfang der Haftung in gewisser Beziehung doch von Einfluß. Das Grundstück haftet nämlich nach § 1118 BGB. ohne besondere Eintragung für gewisse

Erweiterungen der Forderung, die in ihrem Wesen begründet sind, mit denen also die anderen Realberechtigten den gewöhnlichen Umständen nach rechnen müssen. (Vgl. Crome S. 705.) Solche Erweiterungen der Forderung sind z. B. die gesetzlichen Zinsen der Pfandforderung. Treten nämlich zu ihr gesetzliche Zinsen hinzu, so haftet kraft der Hypothek das Grundstück für diese auch dann, wenn eine Zinseintragung nicht vorliegt. Planck (S. 468) zählt als solche hier auf: Verzugszinsen (§§ 288, 289), Prozeßzinsen (§ 291), Kaufpreiszinsen (§ 452), Vergütung beim Werkvertrag (§ 641 Abs. 2), eigennützige Verwertung fremden Geldes durch einen Beauftragten, Verwahrer, Vormund usw. (§§ 668, 675, 698 u. 1834). Mittelstein (S. 156) will das Grundstück für die Prozeßzinsen dann nicht haften lassen, wenn der Eigentümer nicht auch der persönliche Schuldner ist. Zu dieser Ausnahme bietet der § 1118 BGB. jedoch keinen Anlaß.

Freilich haftet nach § 1118 BGB. das Grundstück nur für Zinsen in der gesetzlichen Höhe von 4 Prozent (§ 246 bezw. § 288 BGB.); sofern sich nicht aus der Eintragung eine weitergehende Haftung des Grundstücks ergibt, ist also der Gläubiger darauf angewiesen, seine Befriedigung wegen der ihm vereinbarungsgemäß zukommenden höheren Zinsen aus dem sonstigen Vermögen des Schuldners zu suchen. (Vgl. Entsch. d. OLG. Hamburg bei Mugdan u. Falkmann Bd. 14 S. 100.)

Ebenso haftet das Grundstück nach § 1118 BGB. für die Kosten der Kündigung gegenüber dem Eigentümer und für die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung. Für diese Kosten haftet das Grundstück (vgl. Fuchs S. 405 Anm. 3; Biermann S. 312 und auch Schönfeld a. a. O.) freilich nur, soweit sie notwendig und zweckentsprechend waren; für diese aber sämtlich, z. B. auch für die, welche dem Gläubiger durch die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners erwachsen sind. (Vgl. Entsch. d. OLG. Königsberg in Seufferts Arch. Bd. 62 S. 124.) Nicht hierher gehören jedoch die Kosten des Prozesses, in dem der persönliche Anspruch gegen den Schuldner geltend gemacht worden ist. (Vgl. Entsch. d. OLG. Colmar im Recht 1905 S. 473.) Ebenso haftet für die Kosten der Kündigung an den vom Eigentümer verschiedenen

persönlichen Schuldner das Grundstück kraft der Hypothek nicht, da die für sie wirksame Kündigung nur dem Eigentümer erklärt werden kann. (Vgl. Kretzschmar, BGB. S. 856.)

Durch diese Bestimmung des § 1118 BGB. spricht das Gesetz wieder den Gedanken aus, daß die Hypothek gegenüber der Forderung akzessorisch sein soll, und zwar — freilich auf gewisse Fälle beschränkt — auch ihrem Umfange nach.

Einen weiteren Beweis der Akzessorietät bietet der § 1181 BGB.; sein erster und dritter Absatz bestimmen nämlich, daß die Hypothek erlischt, wenn der Gläubiger aus dem Grundstücke oder aus den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, befriedigt wird. Mit anderen Worten: es geht mit dem Erlöschen der Forderung in diesem Falle auch die Hypothek unter.[2]) Dabei ist es belanglos, ob die Zwangsvollstreckung auf Grund dinglichen oder persönlichen Schuldtitels erfolgt; mit der Befriedigung aus dem Grundstücke oder aus den der Hypothek unterliegenden Gegenständen erschöpft sich der Inhalt der Hypothek. (So auch Fuchs S. 583.) Anderer Meinung sind Böhm (Anm. III zu § 1181) und Planck (S. 597); sie wollen die Hypothek nur dann nicht erlöschen lassen, wenn der Gläubiger lediglich auf Grund seines persönlichen Anspruchs die Zwangsvollstreckung betrieben hat, da in diesem Falle das hypothekarische Recht gar nicht geltend gemacht, also auch nicht seinem Inhalte nach erschöpft sei. Für diese Ansicht bietet aber der Wortlaut des genannten Paragraphen keinen Anhalt.

Im Falle des § 1181 BGB. geht also mit dem Erlöschen der Forderung auch die Hypothek unter. Die Hypothek ist also auch bei ihrem Erlöschen gegenüber der Forderung akzessorisch. Freilich heben Fuchs (S. 460), Neumann (Anm. 6 zu § 1143) und Brink (S. 45) hervor, daß bei einer Befriedigung aus dem Grundstücke die Forderung dann nicht erlösche, wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht identisch seien, daß vielmehr alsdann die Forderung gegen den persönlichen Schuldner vom

---

[2]) Die Hypothek ist dann von Amts wegen zu löschen; vgl. § 130 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in der Fassung vom 20. 5. 1898.

Gläubiger auf den Eigentümer analog § 1143 BGB. übergehe. Damit wäre allerdings der Beweis der Akzessorietät hier entkräftet. Allein aus dem Schweigen des Gesetzes — der § 1181 BGB. spricht nur von der Hypothek, nicht von der Forderung — läßt sich die analoge Ausdehnung der Vorschrift des § 1143 BGB. nicht herleiten. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist vielmehr zu entnehmen, daß mit der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke auch die Forderung erlischt; und weiter kann nur gefolgert werden, daß der Eigentümer vom Schuldner Herausgabe der Bereicherung verlangen kann. (Vgl. dazu Mittelstein S. 214.)

Endlich muß an dieser Stelle noch des § 1153 BGB. Erwähnung getan werden; er zeigt, und zwar in voller Klarheit, die Akzessorietät der Hypothek bei ihrem Übergange auf einen neuen Gläubiger. Schon die Motive (Bd. 3 S. 706) nennen ihn — die Fassung des § 1086 des 1. Entwurfes entspricht ganz der des heutigen § 1153 — die „sich aus der Zusammengehörigkeit der Hypothek und Forderung mit Notwendigkeit ergebende Konsequenz" und sprechen hier von begrifflicher Untrennbarkeit der Hypothek von der Forderung. Der § 1153 BGB. lautet: „Mit der Übertragung der Forderung geht auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über.

Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden".

Seine Vorschrift gilt[3]) für alle Arten der Übertragung, nicht nur für die rechtsgeschäftliche, die Abtretung (§ 398 BGB.), sondern auch für den Übergang kraft Gesetzes und durch gerichtliche Anordnung. Die Bestimmung des Abs. 1 hat nach Abs. 2 eine doppelte Tragweite: Einmal hat die Übertragung der Forderung ipso jure den Übergang der Hypothek auf den neuen Gläubiger zu Folge; die Übertragung der Forderung ohne die Hypothek wäre ein in sich widerspruchsvoller Akt und müßte vom Grundbuchrichter zurückgewiesen werden, falls die Eintragung mit der Maßgabe begehrt würde, daß der Übergang der Hypothek

[3]) Sie gilt aber nicht ausnahmslos; vgl. z. B. §§ 1180 u. 1190 Abs. 4 BGB. Diese Tatsache wird an späterer Stelle noch gewürdigt werden.

ausgeschlossen sein solle. Eine Abtretung der Forderung allein ließe sich nur dadurch bewirken, daß durch Einigung und Eintragung die Hypothek gemäß § 1198 BGB. in eine Grundschuld verwandelt würde.

Weiter kann die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden. Darin zeigt sich besonders die akzessorische Natur der Hypothek. Weil letztere eben von dem Bestehen der Forderung abhängig ist, so bedarf sie der Anlehnung an die Forderung und kann nur mit dieser übertragen werden. Darum spricht auch das Bürgerliche Gesetzbuch in Wahrung seines Grundgedankens der Akzessorietät konsequent in der ganzen Lehre immer von Abtretung oder Übertragung der „Forderung" und nicht der „Hypothek".

Freilich suchen die Gegner der Akzessorietät (z. B. Lange S. 34 ff.) nachzuweisen, daß dem § 1153 BGB. eine größere Bedeutung nicht beizumessen sei, denn durch wichtige Gesetzesbestimmungen werde die Trennung von Hypothek und Forderung sanktioniert. Ja Hachenburg (S. 35) meint, der § 1153 BGB. habe nur um der theoretischen Wahrung eines veralteten Prinzips willen seine Aufnahme im Gesetze gefunden. Dieser Einwand der Gegner soll zugleich mit den bereits erwähnten Abschwächungen des akzessorischen Charakters der Hypothek im folgenden Paragraphen gewürdigt werden.

§ 6.

b) Ausnahmen von der Akzessorietät.

Stehen die bisher genannten Bestimmungen im besten Einklange mit der akzessorischen Natur der Hypothek, so fehlt es doch anderseits nicht an widersprechenden Vorschriften. Abgesehen von der publica fides des Grundbuches — sie wird noch unten zu behandeln sein — findet sich noch eine Reihe von anderen Ausnahmen vor, die natürlich von den Gegnern unserer Ansicht als willkommener Beweis für die Selbständigkeit der Hypothek aufgegriffen werden.

Zunächst sind dem Eigentümer des belasteten Grundstückes, wie bereits angedeutet wurde, nicht alle Einreden gegeben, die

dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen. Ausgeschlossen ist gegen die Hypothek nach § 1137 Abs. 1 Satz 2 die Einrede, daß der Erbe des Schuldners nur beschränkt hafte. (Vgl. dazu § 1975 BGB.) Dieser Ausschluß liegt darin begründet, daß die Hypothek den Zweck hat, dem Gläubiger eine von dem Vermögensstande des Schuldners unabhängige Sicherheit zu gewähren. (Vgl. Mot. Bd. 3 S. 701.)

Weiter ist gegen die Hypothek die Einrede der Verjährung des Ausspruchs[1]) aus dem persönlichen Schuldverhältnisse nach § 223 Abs. 1 BGB. nicht zulässig. Freilich wird dadurch die Hypothek gegenüber der Forderung nicht verselbständigt; denn die Verjährung des Bürgerlichen Gesetzbuches macht nicht das verjährte Recht erlöschen; es geht vielmehr nur seine Klagbarkeit verloren. Im übrigen (vgl. § 222 Abs. 2 BGB.) bleibt es bestehen, so daß sich die Hypothek immerhin noch an dieses Recht anlehnen kann. In dieser Anlehnung aber noch eine Wahrung der akzessorischen Natur zu erblicken, wie Nowrath (S. 21) es versucht, läßt sich mit dem von uns aufgestellten Begriff der Akzessorietät (vgl. § 3 dieser Arbeit) nicht vereinbaren; hier liegt eben eine Ausnahme von dem Prinzip der Akzessorietät vor. Das gleiche gilt vom § 222 Abs. 2 BGB. insofern, als auch noch für eine bereits verjährte Forderung eine Hypothek bestellt werden kann.

Als weitere Ausnahme ist der § 193 Satz 2 KO. hier zu erwähnen; danach ist der Einwand, daß der Gläubiger auf einen Teil seines persönlichen Anspruchs durch einen im Konkurse des Schuldners abgeschlossenen Zwangsvergleich verzichtet habe, gegen die Hypothek nicht angängig. Denn dem Zwecke der Hypothek entsprechend soll das belastete Grundstück zur abgesonderten Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren dienen. (Vgl. §§ 4 Abs. 2 u. 47 KO.)

Keine Ausnahme ist dagegen in der Bestimmung des § 1137 BGB. zu finden, wonach dem Eigentümer das beneficium excussionis fehlt, das dem Bürgen gemäß §§ 771 u. 772 BGB. zu-

---

[1]) Auf die Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen und anderen wiederkehrenden Leistungen findet diese Bestimmung keine Anwendung. (Vgl. §§ 223 Abs. 3 u. 197 BGB.)

steht. Denn der genannte Paragraph gewährt dem Eigentümer nicht allgemein, sondern nur in einzelnen Beziehungen (vgl. § 770 BGB.) die Stellung eines Bürgen. Hierin liegt also — mag es auf den ersten Blick auch scheinen — keine Ausnahme von der Akzessorietät der Hypothek.

Die bisher angeführten Ausnahmen sind nur unbedeutender Art; wichtiger und wohl ihr Kernpunkt ist der § 1138 BGB. Nach ihm gelten die Vorschriften der §§ 891—899 BGB. für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer nach § 1137 BGB. zustehenden Einreden. Den Inhalt der §§ 891—899 BGB. bilden zunächst die Vorschrift über die Vermutung des Bestehens eines eingetragenen Rechtes und dann außer den Mitteln, das Grundbuch richtig zu stellen, die Festsetzungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuches (die publica fides). Indem der § 1138 BGB. die Vorschriften über den grundbuchlichen öffentlichen Glauben für die Hypothek auf die Forderung und die Einreden aus § 1137 BGB. ausdehnt, wird für den eingetragenen Hypothekengläubiger die Vermutung aufgestellt, daß ihm auch die Forderung zustehe. Vor allem aber wird dem rechtsgeschäftlich gutgläubigen Erwerber der Hypothek der Bestand der Forderung gewährleistet, soweit sie eingetragen ist, bezw. ihr Nichtbestand, soweit sie gelöscht wurde. Und dies gilt selbst für den Fall, daß Eintragung sowohl wie Löschung tatsächlich zu Unrecht erfolgt sind. Dem gutgläubigen Erwerber können — und das ist eine weitere Folge der Bestimmung des § 1138 BGB. — Einreden gegen die Forderung nur dann mit Erfolg entgegengesetzt werden, wenn sie sich aus dem Grundbuchinhalte ergeben. Zu seinen Gunsten wird also die Rechtsbeständigkeit der Forderung vermutet, und es ist Sache des Hypothekengebers, event. den Beweis des Gegenteils und dessen Kenntnis seitens des Klägers zu führen.

Der § 1138 BGB. gilt aber nur „für die Forderung", nicht für das persönliche Schuldverhältnis. (Vgl. Planck S. 502.) Macht der Erwerber einer Hypothekenforderung nicht den dinglichen, sondern nur den persönlichen Anspruch geltend, so streitet keine Rechtsvermutung für das Bestehen der Forderung und ist jede Einwendung gegen deren Bestand und Inhalt zulässig. Es liegt

demnach auf der Hand, daß der § 1138 BGB. die Hypothek von den Schicksalen der ihr zugrunde liegenden Forderung aus dem persönlichen Schuldverhältnisse im höchsten Grade unabhängig macht, und damit hat hier die Hypothek ihren akzessorischen Charakter völlig abgestreift.

Wenn trotzdem in der Literatur (vgl. Fuchs S. 449; Kretzschmar S. 490; Klumpp S. 782 und Dernburg S. 608) der § 1138 BGB. vielfach als Beweis für die akzessorische Natur der Hypothek herangezogen wird, so ist diese Ansicht irrig: Gewiß steht auch hier Hypothek und Forderung in engem Verhältnisse zueinander, aber hier ist nicht die Hypothek von der Existenz der Forderung abhängig, sondern das Gegenteil ist der Fall; hier könnte man vielmehr die Forderung gegenüber der Hypothek „akzessorisch" heißen.

Durch die publica fides erleidet auch, wie bereits angedeutet wurde, der § 1153 Abs. 2 BGB. eine gewisse Einschränkung insofern, als eine Hypothek unter nachfolgender Voraussetzung auch ohne eine rechtlich bestehende Forderung abgetreten werden kann. (Vgl. dazu Kretzschmar S. 516.) Wenn nämlich der im Grundbuche als Gläubiger Eingetragene, nachdem die Hypothek als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen ist, aber noch nicht umschrieben wurde, auf Grund seiner Eintragung doloserweise die angebliche Forderung einem gutgläubigen Dritten überträgt, dann wird letzterer nach § 892 BGB. das dingliche Recht in seinem buchmäßigen Bestande erhalten, obwohl er eine Forderung nicht erwerben kann. Also auch in diesem freilich wohl seltenen Falle ist die Forderung nicht Existenzbedingung der Hypothek, sie wird jedoch in Ansehung der Hypothek als gültig fingiert.

Anschließend hieran sei eine weitere Ausnahme erwähnt; nach § 1156 BGB. finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die §§ 406—408 BGB. in Ansehung der Hypothek keine Anwendung. Nach diesen muß im allgemeinen der Schuldner die Übertragung der Forderung erst dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie kennt; nicht so bei der Hypothek! Hat also z. B. der Gläubiger Forderung und Hypothek formgerecht übertragen und der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, in Unkenntnis der Übertragung

an den bisherigen Gläubiger gezahlt, so ist damit freilich die persönliche Schuld getilgt (vgl. § 407 BGB.), allein dem neuen Gläubiger kann das Erlöschen der persönlichen Forderung gegenüber dem hypothekarischen Anspruche nicht entgegengehalten werden. So gehen also auch hier Forderung und Hypothek getrennte Wege.

Aus der akzessorischen Natur der Hypothek müßte folgen (so Planck S. 507; Turnau-Förster S. 852; and. M. Fuchs S. 456), daß die Fälligkeit des dinglichen Anspruchs mit der der persönlichen Forderung eintrete; danach müßte, wenn die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigungsfrist abhängt, eine von dem Gläubiger an den persönlichen Schuldner oder von diesem an jenen erfolgte Kündigung zur Herbeiführung der Fälligkeit auch des dinglichen Anspruches erforderlich sein und genügen. Allein hier bringt der § 1141 BGB. wiederum eine Abweichung, und zwar aus dem Grunde, weil diese Folgerung aus dem akzessorischen Wesen der Hypothek dem Interesse des Eigentümers widerstreiten würde; letzterer sähe sich ja sonst, ohne von der Kündigung zu wissen, unvorbereitet und zu seinem Schaden vor die Tatsache der unmittelbar drohenden Realexekution gestellt. (Vgl. v. Schwind S. 141.) Nach § 1141 BGB. ist deshalb „eine Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie von dem Gläubiger dem Eigentümer oder von diesem jenem erklärt wird". Ist also Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht identisch, so kann demnach die persönliche Forderung fällig sein, während die Hypothek es noch nicht ist, und umgekehrt. Übrigens ist eine gewisse Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung hier doch gewahrt; denn die durch die Kündigung bewirkte Fälligkeit der persönlichen Forderung gibt dem Eigentümer die „Berechtigung", gemäß § 1142 BGB. den Gläubiger zu befriedigen. Zudem berührt diese Verschiedenheit zwischen Forderung und Hypothek nur den Fälligkeitstermin, während im übrigen die persönliche Forderung für die Sachhaftung maßgebend bleibt. (Vgl. v. Schwind S. 141.)

Gewissermaßen eine Emanzipierung von der Forderung genießt die Hypothek durch den § 1146 BGB.; nach seiner Bestimmung kann nämlich der Gläubiger aus dem Grundstücke Verzugszinsen dann beanspruchen, wenn nicht dem persönlichen Schuldner, sondern dem mit ihm nicht identischen Eigentümer

gegenüber die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges vorliegen. Also hier haftet die Hypothek noch über den Betrag der persönlichen Forderung hinaus,[2]) gewiß eine Ausnahme von ihrer Akzessorietät!

Endlich[3]) bringt eine Durchbrechung des akzessorischen Charakters der Hypothek der § 1180 BGB.; er läßt trotz des Fortbestehens der Hypothek einen Wechsel der durch sie gesicherten Forderung zu. Es kann also an die Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere (oder mehrere andere) gesetzt werden, während die ursprüngliche Hypothek bestehen bleibt. Ja die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 672) läßt sogar die wegen Nichtzahlung der Valuta unwirksame Hypothek mittels Unterlegung einer anderweitigen Forderung eines Dritten konvaleszieren. Nicht so weitherzig ist das Oberlandesgericht Königsberg in seiner Entscheidung v. 13. 1. 1903 (bei Mugdan u. Falkmann Bd. 6 S. 124); es verlangt, wenn nachträglich die Haftung zu einem Teilbetrage für eine andere Forderung verabredet wird, zur Wirksamkeit dieser Abrede ihre Eintragung in das Grundbuch.

Der § 1180 BGB. greift auch dann ein, wenn auf eine hypothekarisch gesicherte Darlehnsforderung eine Abschlagszahlung erfolgt ist, aber vor Berichtigung des Grundbuches der Schuldner den abgezahlten Betrag von neuem als Darlehn aufnimmt, so daß die Darlehnsforderung des Gläubigers wieder die alte Höhe erreicht. (Vgl. Kretzschmar im Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1906 S. 1.)

Ein solcher Wechsel der Forderung nach § 1180 BGB. ist mit der akzessorischen Natur der Hypothek nicht vereinbar, da nach ihr die Hypothek die Schicksale ein und derselben Forderung teilen muß. Freilich darf nur innerhalb des Rahmens der bisher eingetragenen Forderung ein Ersatz durch eine andere Forderung eintreten: es wäre unzulässig, an die Stelle der alten Forderung eine höhere zu setzen, auch dann, wenn im Grundbuche keine Hypothek nacheingetragen wäre. (Vgl. Oberneck in der Zeitschr.

---

[2]) vgl. dazu die oben in § 4 dieser Arbeit besprochene Vorschrift des § 1118 BGB.

[3]) Betreffs der Fälle der Eigentümerhypothek s. § 8 dieser Abh.

des Deutschen Notarvereins 1905 S. 358 ff.) Damit wird man freilich an das Prinzip der Akzessorietät in etwa erinnert.

Anderer Ansicht bezüglich des Verhältnisses des § 1180 BGB. zur Akzessorietät ist Fuchs (S. 577); er meint, der § 1153 BGB. verbiete nur die Übertragung der Hypothek ohne „eine" Forderung, nicht aber ihre Übertragung ohne „die" Forderung. Widerlegt wird seine Auffassung jedoch schon durch den Wortlaut des § 1153 BGB. selbst; dieser spricht ausdrücklich von „der" Forderung.

Auch Huth (a. a. O.) sieht im § 1180 BGB. keinen Verstoß gegen die akzessorische Natur der Hypothek. Nach ihm fingiert der Gesetzgeber unter der Voraussetzung des § 1168 BGB., es sei die Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt und somit die Verbindung zwischen Pfandrecht und Forderung nicht unterbrochen worden, weil nur ein Wechsel zwischen alter und neuer Forderung stattgefunden habe, die alte Forderung aber im übrigen von diesem Wechsel völlig unberührt geblieben sei. Er stützt sich dabei aber auf eine irrige Auslegung des § 1180 BGB., und zwar setzt nach dieser der § 1180 BGB. voraus, daß die alte Forderung nach Verlust der an die neue Forderung abgegebenen pfandrechtlichen Sicherung außerhalb des Grundbuches weiterbestehen bleiben muß. So engherzig ist aber der § 1180 BGB. nicht; er kümmert sich nicht weiter um die Schicksale der alten Forderung, diese mag selbst erlöschen! Und damit ist jedenfalls das akzessorische Verhältnis zwischen Hypothek und Forderung hier endgültig aufgehoben.

Diese im § 1180 BGB. liegende Ausnahme beruht auf der Erwägung, daß ohne ausdrückliche Vorschrift die Beteiligten das gleiche Ergebnis auf einem Umwege erzielen könnten. Der Gläubiger könnte nämlich auf die Hypothek verzichten (§ 1168 BGB.) und der Eigentümer die für ihm dadurch entstehende Eigentümergrundschuld (§ 1177 BGB.) gemäß § 1198 BGB. in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandeln. Dieser Umweg wird durch § 1180 BGB. erspart. (Vgl. auch Planck S. 593.)

Ähnlich liegen die Fälle der §§ 1164,[4]) 1173 Abs. 2, 1174

[4]) And. M. Fuchs S. 531 und Nowrath S. 29; sie nehmen an, daß kraft Gesetzes (§ 1153 Abs. 2 BGB.) mit der Hypothek auch die Forderung übergehe.

und 1182 BGB. Auch hier erlischt die Forderung durch Befriedigung oder Konfusion — die Einzelheiten interessieren für unsere Frage nicht weiter — und dennoch geht, also ohne Forderung, die Hypothek auf einen anderen über, mit dessen neuer Forderung sie sich verbindet. An die Stelle der bisherigen Forderung tritt also die Ersatzforderung des Schuldners. (So Oberneck S. 828 und Hachenburg, Vorträge S. 572.) Anderer Meinung sind Turnau-Förster (S. 753) und Kretzschmar (S. 381); sie nehmen an, daß der ersatzberechtigte Schuldner nur die Hypothek erwirbt, welche sich in eine Grundschuld verwandle, da die Forderung des Gläubigers getilgt (vgl. § 362 BGB.) und eine Bestimmung, daß ihm eine Hypothek für seinen Ersatzanspruch gewährt werde, nicht ergangen sei.

Bereits an dieser Stelle sei kurz ein Rückblick auf die erörterten Bestimmungen verstattet, aus denen sich für die Verkehrshypothek folgendes Ergebnis finden läßt: Die §§ 1113, 1137 und 1153 BGB. zeigen auf das unzweideutigste die akzessorische Gestaltung der Verkehrshypothek an, die aber nicht konsequent durchgeführt ist, wie die teils mehr, teils weniger wichtigen Ausnahmen bekunden. Somit ist die Verkehrshypothek nicht ein rein akzessorisches Recht, dagegen muß man sie aber als grundsätzlich akzessorisch bezeichnen.

§ 7.

Die Sicherungshypothek.

Die bisherige Erörterung hat gezeigt, daß bei der Verkehrshypothek die Meinungen über die Akzessorietät weit auseinander gehen; ganz anders bei der Sicherungshypothek, die wohl einstimmig als akzessorisches Recht bezeichnet wird. Anderer Meinung ist nur Rosenthal (S. 38 f.), der selbst hier den akzessorischen Charakter zu leugnen versucht.

Die Verkehrshypothek ist vom Gesetze in der Weise ausgestaltet worden, daß sie möglichst verkehrsfähig wurde, und zwar hauptsächlich durch die oben besprochene Bestimmung des § 1138 BGB. Daß diese Art der Ausgestaltung für den Eigentümer, zumal

wenn er weniger rechtskundig ist, Gefahren mit sich bringt, liegt auf der Hand. Sollten diese vermieden werden, so mußte die Hypothek zugleich ein gut Teil ihrer Umlaufsfähigkeit einbüßen. Ein solches Institut hat uns der Gesetzgeber in der Sicherungshypothek zukommen lassen. Sie entsteht nur durch ausdrückliche Bestimmung der Beteiligten (vgl. § 1184 Abs. 2 BGB.) oder soweit kraft Gesetzesvorschrift einer Hypothek diese Natur beigelegt worden ist; dies ist z. B. der Fall bei der Hypothek für Inhaber- und Orderpapiere (§§ 1187 ff. BGB.), bei der Maximalhypothek (§ 1190 BGB.) und bei der Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866, 867, 932 ZPO.). Die Definition der Sicherungshypothek entnehmen wir aus § 1184 BGB.; sie lautet: „Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann" (Sicherungshypothek).

Hier ist es mit aller Klarheit bestimmt, daß die sachliche Haftung genau ebenso weit reicht als die Forderung, die sie sichern soll, und daß sie in ihrem Bestande sowie in ihrem Umfange von dieser in jeder Richtung abhängt, also akzessorisch ist. Eine Berufung auf die Eintragung im Grundbuche ist dem Gläubiger versagt. Er kann sich auf sie nur nach der Richtung hin berufen, daß die Sicherungshypothek zur Entstehung gelangt ist und ihm zusteht. (Vgl. Kretzschmar S. 588.)

Für die Sicherungshypothek schließt der § 1185 Abs. 2 BGB. die Anwendung des § 1138 BGB. aus; somit fallen die Bestimmungen der §§ 891—899 BGB., die für die Verkehrshypothek gelten, hier fort. Der öffentliche Glaube des Grundbuches ist also insoweit nicht maßgebend; es gilt namentlich keine Rechtsvermutung dafür, daß die im Grundbuch eingetragene Forderung überhaupt bezw. für den als Gläubiger Eingetragenen wirklich besteht (vgl. § 891 Abs. 1 BGB.). So betont auch das Reichsgericht, daß die Sicherungshypothek im Gegensatz zur Verkehrshypothek ein rein akzessorisches Recht ist, das mit der ihm zugrunde gelegten Forderung steht und fällt. Deshalb muß sich der Gläubiger das Nichtbestehen einer solchen Forderung ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben mit der Wirkung

entgegensetzen lassen, daß er dann auch seine Sicherungshypothek verliert und sie löschen lassen muß. (Vgl. Entsch. d. RG. im Zentralbl. Bd. 6 S. 671.)

Ferner kann der Eigentümer die Einwendungen gegen die Forderung und die sonstigen im § 1137 BGB. erwähnten Einreden jedem Dritten entgegenhalten; ihre Eintragung in das Grundbuch ist überflüssig. Anwendbar bleiben dagegen die §§ 894—899 BGB., soweit nicht die zugrunde liegende Forderung, sondern das dingliche Recht in Frage kommt. (Vgl. Fuchs S. 269). Auch dürfen nicht mit voller Sicherheit, wie bei der Verkehrshypothek (§ 893 BGB.), an den im Grundbuche als Gläubiger Eingetragenen vom gutgläubigen Beteiligten Leistungen bewirkt oder mit ihm Rechtsgeschäfte vorgenommen werden; es kommt vielmehr darauf an, daß der Eingetragene in Wirklichkeit der Berechtigte ist; übereinstimmend sind Biermann (S. 241) und Meisner (S. 268). Anderer Meinung sind hier Fuchs (S. 595) und Planck (S. 607); sie wollen in diesen Fällen dem Eigentümer den Schutz des öffentlichen Glaubens zubilligen, da die Übertragung der Sicherungshypothek an die Eintragung geknüpft und damit sachenrechtlichen Normen unterstellt ist.

Auch die mit der akzessorischen Natur der Hypothek in Widerspruch stehende Vorschrift des § 1141 BGB., nach der eine Kündigung der Forderung für die Hypothek nur wirksam ist, wenn sie vom Gläubiger dem Eigentümer oder von diesem jenem erklärt wird, ist durch § 1185 Abs. 2 BGB. für die Sicherungshypothek ausgeschlossen. Bei dieser ist die Fälligkeit des dinglichen Anspruches schlechthin von der Fälligkeit der persönlichen Forderung abhängig. Demnach muß der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer eine Kündigung zwischen Gläubiger und persönlichem Schuldner auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie ihm nicht angezeigt ist. (Vgl. Planck S. 607.)

Die Übertragung der Forderung erfolgt bei der Sicherungshypothek ebenso wie bei der (briefloſen) Verkehrshypothek durch eine formgemäße Abtretungserklärung und Eintragung in das Grundbuch. Doch ist hier der Eintragung nicht die Wirkung beigelegt, die eine solche nach § 1156 BGB. für die Verkehrs-

hypothek hat. Gemäß § 1185 Abs. 2 BGB. finden nämlich die §§ 406—408 BGB. nicht nur auf das Rechtsverhältnis zwischen dem neuen Gläubiger und dem persönlichen Schuldner in Ansehung des Schuldverhältnisses, sondern auch auf das Verhältnis zwischen jenem und dem Eigentümer in Ansehung der Sicherungshypothek Anwendung: Der Eigentümer kann also an den bisherigen Gläubiger wirksam Kapitalzahlungen leisten, solange er von der Abtretung keine Kenntnis hat.

Der § 1185 Abs. 2 BGB. hebt somit für die Sicherungshypothek die Bestimmungen auf, die für die Verkehrshypothek Ausnahmen von ihrer Akzessorietät schufen, und darauf fußend wird sie in der Literatur vielfach (Kretzschmar S. 588 ff.; Planck S. 602 ff.; Meisner S. 268 ff.) als „rein akzessorisch" bezeichnet. Ebenso nennt das Reichsgericht in seiner oben zitierten Entscheidung die Sicherungshypothek ein im Gegensatze zur Verkehrshypothek rein akzessorisches Recht. Diese Bezeichnung ist jedoch wenn auch nicht gerade falsch, so immerhin ungenau; denn auch hier machen sich Ausnahmen von der Akzessorietät bemerkbar.

Insoweit nämlich die §§ 1184 u. 1185 BGB. ein Sonderrecht nicht statuieren, gelten für die Sicherungshypothek die allgemeinen Grundsätze der Verkehrshypothek. Zunächst bedeutet auch hier eine Abschwächung der akzessorischen Natur der Umstand, daß trotz Verjährung der persönlichen Forderung der dingliche Anspruch aus der Hypothek geltend gemacht werden kann (§ 223 Abs. 1 BGB.).

Ferner kann der Umfang der Haftung des Grundstückes, wenn auch hier das Hypothekenrecht sich nur nach der Forderung bestimmt, doch niemals über den Umfang der Eintragung hinausreichen. Vergrößert sich die Forderung infolge Verzuges des Schuldners, z. B. durch Vertragsstrafen, so wird der Eigentümer hiervon nur berührt, wenn sie eingetragen sind oder aber das Grundstück im Rahmen des § 1118 BGB. kraft der Hypothek für sie haftet. (Vgl. Fuchs S. 594; and. M. Hachenburg, Vorträge S. 269 u. 549.)

Wichtiger ist die auch hier in Geltung bleibende Bestimmung des § 1180 BGB.; nach ihr kann also auch bei der Sicherungshypothek an die Stelle der ursprünglichen Forderung eine andere

gesetzt werden. Die darin liegende Durchbrechung der Akzessorietät ist bereits oben (§ 6 dieser Arbeit) genügend gewürdigt.

Eine fernere Ausnahme — damit ist aber auch die Aufzählung der Ausnahmen erschöpft — macht der § 1190 Abs. 4 BGB. Der § 1190 BGB. handelt von der Maximalhypothek, die zu den obenerwähnten „Sicherungshypotheken kraft Gesetzes" gehört. Sie ist eine Hypothek, bei welcher der Betrag der gesicherten Forderung im Grundbuche nicht bestimmt bezeichnet wird, sondern späterer Feststellung vorbehalten bleibt, während lediglich der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, im Grundbuche eingetragen ist. Für diese Hypothek bestimmt nun der Abs. 4 des angezogenen Paragraphen, daß die Forderung auch ohne die Hypothek übertragen werden kann. Wird also die Forderung nach den Bestimmungen des Forderungsrechtes — sollen Forderung und Hypothek auf den neuen Gläubiger übergehen, so muß erstere nach Liegenschaftsrecht (§ 873 BGB.) übertragen werden — übertragen, so geht die Hypothek nicht auf den neuen Gläubiger über. Damit ist eine Ausnahme von der Regel des § 1153 Satz 2 BGB. und mithin auch eine Durchbrechung der akzessorischen Natur der Sicherungshypothek gegeben. (Vgl. dazu Fuchs S. 624; Quandt S. 186; Turnau-Förster S. 1022; Endemann S. 454.) Gewiß findet diese Sonderbestimmung des Abs. 4 ihre Begründung in der Natur der Maximalhypothek; aber daraus zu folgern, daß der Abs. 4 keine Ausnahme von der Akzessorietät schaffe, wie Kretzschmar (Grundbuchrecht S. 306 ff.) und Nowrath (S. 33) es versuchen, ist nicht angängig. Denn wie auch immer das Wesen dieser Hypothek sein mag, die ihr zugrunde liegende Forderung kann ohne sie übertragen werden, und in dieser Tatsache ruht unzweifelhaft eine Abweichung von ihrer akzessorischen Natur.

Dieselben Grundsätze gelten auch für eine Verkehrshypothek in dem Falle, daß sie für ein Darlehn bestellt ist und dessen Valuta erst nach Eintragung allmählich ausgezahlt werden soll. (Vgl. Friedländer a. a. O. S. 513.)

Keinen Verstoß gegen die Akzessorietät macht das Kammergericht (Entscheidung im Jahrb. d. Entsch. des KG. Bd. 22 A S. 160), wenn es für zulässig erachtet, daß eine Maximalhypothek

zur Sicherheit mehrerer Gläubiger wegen verschiedener Forderungen bestellt wird. Dieses darf aber alsdann nur dergestalt geschehen, daß die Hypothek für die Forderung des zweiten Gläubigers nur dann und nur insoweit haften soll, wenn und insoweit die endgültig festgestellte Forderung des ersten Gläubigers hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt. Anderer Meinung ist Eccius (a. a. O. S. 62); er hält eine solche Bestellung für unzulässig, freilich aus formellen Gründen, die hier weiter nicht interessieren.

Dagegen ist auch bei der Maximalhypothek die Abtretung einer unter der Bestimmung des Höchstbetrages eingetragenen Hypothek ohne die durch sie gesicherte Forderung unzulässig. (Vgl. Entsch. d. KG. im Zentralbl. Bd. 5 S. 445 und Turnau-Förster Anm. 9 zu § 1190 BGB.)

Wie bereits oben erwähnt ist, kann sowohl Verkehrs- wie Sicherungshypothek in die Eigentümerhypothek übergehen; daß darin eine Durchbrechung des akzessorischen Prinzips nicht zu erblicken ist, wird im folgenden Abschnitte gezeigt werden. Auch die Maximalhypothek ist, soweit Forderungen aus dem zu sichernden Rechtsverhältnisse nicht entstanden sind, vorläufige Eigentümerhypothek. (So auch Hirsch a. a. O. S. 251.) Freilich ist diese Ansicht in Literatur und Praxis nicht unbestritten. Nach der gegenteiligen Meinung (vgl. Schreiber a. a. O.; Entsch. d. RG. in JurW. 1902 S. 232) steht die Maximalhypothek dem Hypothekengläubiger zunächst so lange zu, bis das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung sie bestimmt ist, seinen endgültigen Abschluß gefunden hat. Es müßte sich also erst nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden haben, daß und in welchem Betrage die Forderung hinter dem eingetragenen Höchstbetrage endgültig zurückbleibt. Bis zu dieser Feststellung steht die Hypothek nach der letztgenannten Ansicht dem Hypothekengläubiger zu, und zwar auch dann, wenn zeitweise keine durch sie zu sichernde Forderung vorhanden ist. Damit wäre freilich eine Durchbrechung der akzessorischen Natur der Maximalhppothek geschaffen.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich also, daß auch die Sicherungshypothek ein rein akzessorisches Recht nicht genannt werden darf, da einige Ausnahmen auch für sie bestehen. Immerhin

kann man mit v. Schwind (S. 107) sagen, daß uns bei der Sicherungshypothek der akzessorische Charakter am reinsten entgegentritt.

§ 8.

Die Eigentümerhypothek.

Die aus dem preußischen Rechte (vgl. §§ 63—66 des Eigentumserwerbsgesetzes) entstammende Eigentümerhypothek[1]) hat im Bürgerlichen Gesetzbuch in bedeutend erweitertem Rahmen Aufnahme gefunden. Der Gesetzgeber ist dabei von dem leitenden Gesichtspunkte ausgegangen (vgl. Prot. 2. Lesung S. 600), dem Eigentümer die Ausnutzung seines Grundkredits zu erleichtern; deshalb versagt er den nachstehenden Hypothekengläubigern ein Aufrücken in die bessere Stellung, wenn hier der Gläubiger aus irgendwelchen Gründen ausscheidet, und läßt die freiwerdende Hypothek dem Eigentümer zufallen.

Wenn aber die Gegner der akzessorischen Natur mit der Eigentümerhypothek den Beweis für die grundsätzliche Selbständigkeit der Hypothek überhaupt erbringen wollen, indem sie jene als die Normalhypothek behandeln, so ist diese Ansicht irrig: denn einmal ist die Eigentümerhypothek trotz ihres größeren Anwendungskreises vom Gesetze nur kasuistisch behandelt (vgl. dazu Hachenburg, Beitr. S. 15; Böhm S. 238; and. M. ist Bruck S. 166 ff.), und schon dadurch erscheint sie nicht als die Regel, sondern als die Ausnahme für das Bürgerliche Gesetzbuch. Sodann aber bietet die Eigentümerhypothek überhaupt keine Ausnahme von dem Prinzip der Akzessorietät, wie sich aus der folgenden Betrachtung ergeben wird.

Bei der Eigentümerhypothek sind zwei Arten zu unterscheiden, nämlich die Eigentümerhypothek im weiteren Sinne, bei der dem Eigentümer zugleich auch die persönliche Forderung zusteht, und die Eigentümerhypothek im engeren Sinne; bei letzterer fehlt überhaupt eine persönliche Forderung, die der Hypothek zugrunde

[1]) Eine ausführliche Darstellung der Eigentümerhypothek findet sich bei Bruck a. a. O.

liegen könnte. Dernburg (S. 617) hat für diese beiden Arten die zweckmäßige Bezeichnung „forderungsbekleidete“ und „forderungsentkleidete“ Eigentümerhypothek eingeführt.[2])

Die erstere, die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek, verstößt nicht gegen das akzessorische Prinzip; denn hier besteht neben der Hypothek die Forderung, wie schon Dernburgs Benennung zum Ausdruck bringt. Sie entsteht hauptsächlich dann, wenn der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische Eigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt (§ 1143 BGB.). Die Befugnis, diesen zu befriedigen, gibt nämlich der § 1142 BGB. dem Eigentümer des belasteten Grundstücks dann, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden oder der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.[3]) Macht der mit letzterem nicht identische Eigentümer von diesem Rechte Gebrauch, so geht die Forderung und damit ipso jure (nach § 1153 BGB.) auch die Hypothek auf ihn über; es ist eine Folge des im § 889 BGB. niedergelegten Prinzips des Weiterbestehens der Rechte an fremden Grundstücken, wenn die Hypothek im Falle ihrer Vereinigung mit der von ihr gesicherten persönlichen Forderung in einer Person nicht untergeht. Alsdann stehen also dem Eigentümer Hypothek und Forderung zu, und deshalb erwirbt er nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Hypothek und keine Grundschuld. Nur bestimmen sich seine Rechte zufolge § 1177 Abs. 2 BGB. während der Vereinigung nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften; sie sind also gemäß § 1197 BGB. beschränkt.

Der Gläubiger der Hypothek gilt nach § 1171 Abs. 2 BGB. auch dann als befriedigt, wenn er als unbekannt durch Urteil im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wurde, nachdem der Eigentümer den Forderungsbetrag hinterlegt hat. Ein weiterer Entstehungsgrund für die forderungsbekleidete Eigentümerhypothek liegt endlich dann vor, wenn der Eigentümer auf andere

---

[2]) vgl. dazu Hachenburgs (S. 7) sprachlich schwer auseinanderzuhaltende Unterscheidung in „Hypothek des Eigentümers“ und „Eigentümerhypothek“.

[3]) über den Ausgleich zwischen Eigentümer und persönlichem Schuldner vgl. Huther a. a. O.

Weise die persönliche Forderung erwirbt, z. B. durch Erbfolge, oder aber umgekehrt, wenn der Gläubiger Grundstückseigentümer wird.

So zeigt also diese Art der Eigentümerhypothek keine Ausnahme von der Akzessorietät; denn die Hypothek bleibt auch hier von der Forderung abhängig. (Vgl. Eck S. 291.) Wenn auch der Eigentümer nunmehr Gläubiger in dem persönlichen Obligationsverhältnisse geworden ist, so wird doch letzteres durch jene rechtliche Änderung überhaupt nicht berührt. (Vgl. dazu v. Schwind S. 116 und Dernburg S. 600 ff.)

Die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek scheint dagegen auf den ersten Blick das Prinzip der Akzessorietät zu durchbrechen. Sie entsteht — und das sind die häufigsten Fälle — entweder, wenn die zu sichernde Forderung nicht zur Existenz gelangt ist, oder aber, wenn sie erlischt.[4]) (Vgl. § 1163 BGB.) Der Hauptfall des Erlöschens der Forderung wird die Befriedigung sein — wird der Gläubiger aus dem Grundstücke befriedigt, so erlischt die Hypothek, sie fällt also nicht dem Eigentümer zu (vgl. § 1181 BGB.) —; dabei ist es an sich gleichgültig, wer den Gläubiger befriedigt. Allein die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek entsteht hier nur dann, wenn es sich um den nicht ersatzberechtigten persönlichen Schuldner, oder um den mit dem persönlichen Schuldner identischen Eigentümer, oder überhaupt um Dritte handelt, die (gemäß §§ 268, 426, 774, 1150 u. 1164 BGB.), nicht als dazu berechtigt oder verpflichtet, die Forderung tilgen. Kommen aber solche zur Befriedigung Berechtigte oder Verpflichtete in Betracht, so geht die Hypothek nicht auf den Eigentümer, sondern auf diese über. (Vgl. dazu Entsch. d. KG. in Johows Jahrb. f. Entsch. d. KG. 1904 S. 278.)

Streit herrscht hier über die Entstehung der Eigentümerhypothek bei Amortisationsdarlehen. Turnau-Förster (Bd. 1

---

[4]) Über die strittige Frage, welchem Eigentümer die Hypothek im Falle des § 1163 BGB. zustehe, vgl. Turnau-Förster Bd. 1 S. 749; Fuchs S. 525; Biermann S. 371 und Planck S. 555; ebenso Entsch. d. RG. Bd. 55 S. 217 ff.; demgegenüber die Meinung Obernecks in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 330 ff. und Entsch. d. OLG. Posen in der Juristischen Monatsschr. für Posen und Westpreußen 1903 S. 110.

S. 603 u. 786), Oberneck (in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 334) und andere nehmen an, daß eine Amortisationshypothek nach Höhe jeder einzelnen Teilungsquote zur Eigentümerhypothek werde, so daß der Eigentümer die Umschreibung des jeweilig getilgten Teiles der Hypothek auf seinen Namen verlangen könne. Nach dieser vorwiegenden Meinung, der auch das Kammergericht (im Jahrb. f. Entsch. d. KG. Bd. 24 A S. 246ff.) und das Bayer. Oberste Landesgericht (im Recht 1902 S. 508) beipflichten, ist also die Amortisationshypothek durchaus akzessorisch: Amortisiert sich um einen bestimmten Betrag die Forderung, so vermindert sich um ebensoviel die dem Gläubiger verbleibende Hypothek, der übrige Teil wird zur Eigentümerhypothek.

Die gegenteilige Ansicht vertritt hauptsächlich Kretzschmar (S. 327 und in der DJZ. 1903 S. 331). Nach ihm gelangt die Eigentümerhypothek erst dann zur Entstehung, wenn die ganze Forderung amortisiert ist, also erst mit Beendigung des Schuldverhältnisses. Seine Begründung jedoch, die Zinsen seien für die Dauer der Tilgungszeit von dem ganzen Kapital an den Gläubiger zu entrichten und dieser Umstand lasse keine Zerlegung in den getilgten und den ungetilgten Teil zu, erscheint nicht ganz einwandfrei. Jedenfalls verletzt seine Ansicht das Prinzip der Akzessorietät der Hypothek; denn hiernach verbleibt selbst dann, wenn die Forderung bis auf einen ganz geringen Teil getilgt ist, die Hypothek in voller Höhe dem Gläubiger.

Vermittelnd zeigt sich in dieser Frage das OLG. Posen. (Entsch. bei Mugdan u. Falkmann Bd. 6 S. 148.) Es entscheidet wie folgt: Dienen die Beiträge zunächst nicht zur Tilgung der Post, sondern werden sie einstweilen als besonderes Guthaben des Schuldners angesammelt, so entsteht erst bei völliger Tilgung der Forderung die Eigentümerhypothek. Ein solcher Modus müsse aber aus dem Inhalte der Eintragung ersichtlich sein; anderenfalls bewirke jede Amortisationsquote eine sofortige Tilgung der Forderung und entsprechend die Entstehung der Eigentümerhypothek.

Zu einem ganz anderen Ergebnis endlich gelangt in dieser Frage Bonschab (a. a. O.); er faßt freilich die Amortisations-

quoten nicht als Kapitalzahlungen auf, sondern als Nebenleistungen im Sinne des § 1178 BGB. Infolgedessen verneint er überhaupt die Entstehung von Eigentümerhypotheken durch Amortisationsbeitragsleistungen.

Zur forderungsentkleideten Eigentümerhypothek wird ferner auch die Maximalhypothek, sobald feststeht, daß sich aus dem Rechtsverhältnisse, für das sie bestimmt ist, Forderungen nicht mehr entwickeln können. (Vgl. Entsch. d. OLG. Celle bei Mugdan u. Falkmann Bd. 4 S. 74.)

Ein weiterer Entstehungsgrund für die forderungsentkleidete Eigentümerhypothek ist der Fall der Konfusion: Vereinigen sich Berechtigung und Verpflichtung in einer Person, so erlischt die Forderung und die Hypothek steht dem Eigentümer zu. Ferner gehört hierhin die Bestimmung des § 1168 Abs. 1 BGB.: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer", und zwar ohne Forderung; denn diese wird von dem Verzichte nicht betroffen: der Gläubiger verzichtet lediglich auf seinen hypothekarischen Anspruch, den obligatorischen aus dem persönlichen Schuldverhältnisse aber behält er.

Endlich erwirbt der Eigentümer die Hypothek ohne Forderung auch dann, wenn der unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte ausgeschlossen wird (§§ 1170 u. 1171 BGB.). Wenn freilich der befriedigende Eigentümer sich als Nichtschuldner qualifiziert, so entsteht, wie oben gezeigt ist, eine forderungsbekleidete Eigentümerhypothek.

Wenn diese hier aufgezählten Fälle der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek von den Gegnern unserer Ansicht (namentlich Hachenburg, Beitr. S. 3 ff.) gerade als stärkster Gegenbeweis ins Feld geführt werden, da hier eine Hypothek ausdrücklich vom Gesetze ohne Forderung geschaffen sei, so wird dabei von ihnen der § 1177 Abs. 1 BGB. gänzlich übersehen; dieser lautet: „Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld".

Darin ist doch gewiß mit klaren Worten ausgesprochen, daß das Gesetz eine Hypothek ohne Forderung nicht anerkennt. Tritt aber dieser Fall ein, so wird die Hypothek zur Grundschuld; zwar

wird sie formell „Hypothek" genannt, materiell aber stellt sie eine Grundschuld dar.

Also ist die gemeinsame Folge aller Fälle der forderungsentkleideten Eigentümerhypothek, daß die fortbestehende dingliche Belastung trotz ihres Namens rechtlich nicht mehr Hypothek bleibt, sondern sich zur Grundschuld umwandelt. (Vgl. dazu v. Schwind S. 118.)

Damit ist zugleich der beste Beweis für die akzessorische Natur der Hypothek überhaupt, sowohl der Verkehrs- wie auch der Sicherungshypothek, erbracht, da beide zur Eigentümerhypothek im engeren Sinne werden können.

§ 9.

Schluß.

Das Ergebnis, zu dem wir hiermit gelangt sind, läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

Die Hypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches erscheint prinzipiell als ein akzessorisches Recht, das für eine bestehende Forderung pfandrechtliche Sicherung gewähren soll und in ihrem Bestande als Hypothek von dem Bestande der Forderung und ihrem Umfange abhängig ist.

Sie ist aber im Gegensatze zum römischen Rechte mit den Schicksalen der Forderung nicht unbedingt verknüpft, also nicht rein akzessorisch. Vielmehr steht sie unter gewissen Voraussetzungen, unbekümmert um ihre Forderung, selbständig da, soweit nämlich die publica fides des Grundbuches (§ 1138 BGB.) und einige andere Bestimmungen (insbesondere § 1180 BGB.) eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät bedingen. Dadurch wird aber die Hypothek nicht ein von Anfang an und grundsätzlich selbständiges Recht, sondern grundsätzlich bleibt sie akzessorisch, da diese Vorschriften nur Ausnahmen bilden.

Mit diesem Grundsatze der Akzessorietät steht auch das Institut der Eigentümerhypothek nicht im Widerspruch; denn die sogen. Eigentümerhypothek (im engeren Sinne) ist rechtlich eine echte Grundschuld.

Schließlich ist aber auch nicht einmal die Sicherungshypothek, die sich der akzessorischen Hypothek des römischen Rechtes am meisten nähert, ein rein akzessorisches Recht zu nennen. Bei ihr fehlen freilich gewisse Durchbrechungen der Akzessorietät, die der Verkehrshypothek anhaften (vgl. § 1185 Abs. 2 BGB.), aber einige wenige Ausnahmen von der akzessorischen Natur finden sich auch bei ihr vor.

In diesen Sätzen liegt die Beantwortung unserer Frage; einheitlich und einfach im bejahenden oder verneinenden Sinne ließ sie sich nicht erteilen, weil die einzelnen Arten der Hypothek eine gar zu verschiedene Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuche gefunden haben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.